

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 1 de 18

EL COMITÉ DE CONCILIACIÓN DEL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES –FONCEP

En ejercicio de sus facultades, en especial las conferidas en los artículos 75 de la Ley 446 de 1998; 2.2.4.3.1.2.5 del Decreto Único Reglamentario No. 1069 de 2015, y 39 del Decreto Distrital 430 de 2018; en la Directiva Distrital No. 025 de 2018; en el Decreto Distrital 838 de 2018 y en el Acuerdo No. 001 de 2019 expedido por el Comité de conciliación del FONCEP, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 90 de la Carta Política consagra el principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables. En tal virtud, es responsabilidad del Estado no sólo el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también del ejercicio de una actuación regular o lícita, pues lo relevante es que se cause injustamente un daño a una persona.

Que, en tal sentido, el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables en razón de la acción, omisión y operaciones de las autoridades públicas.

Que el artículo 32 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que las actuaciones administrativas se desarrollaran a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, dentro de los cuales se destacan los contenidos en el artículo 209 que, establece que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Que el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones FONCEP, en su calidad de administrador del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, podrá adoptar las respectivas políticas de Prevención del Daño Antijurídico a que haya lugar, con ocasión del reconocimiento y trámite de las prestaciones económicas, a través del Comité de Conciliación de la entidad.

Que el Decreto 1069 de 2015¹ dispuso en el artículo 2.2.4.3.1.2.2, que el Comité de Conciliación es una

¹ Decreto 1069 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho".



ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 2 de 18

instancia administrativa que actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad.

Que el artículo 2.2.4.3.1.2.5 ibídem, establece que el Comité de Conciliación ejercerá la función de *"Formular y ejecutar políticas de prevención del daño antijurídico"*.

Que el artículo 39 del Decreto Distrital 430 de 2018², dispone que la prevención del daño antijurídico hace parte de la defensa judicial y consiste en solucionar, mitigar o controlar la falencia administrativa o misional que genera litigiosidad, en el ejercicio de la función pública y que lleva a la administración a responder por los perjuicios patrimoniales y/o extramatrimoniales que se causen. En este caso, la política de prevención del daño antijurídico debe ser proferida por el Comité de Conciliación de la entidad u organismo Distrital atendiendo los lineamientos que defina la Secretaría Jurídica Distrital.

Que en aplicación del precepto anterior, la Secretaría Jurídica Distrital mediante Directiva 025 de 2018, fijó los *"lineamientos metodológicos para la formulación y adopción de la Política de Prevención del Daño Antijurídico por parte de los Comités de Conciliación de organismos y entidades distritales"* y determinó que el Comité de Conciliación de cada organismo y entidad Distrital deberá crear un Grupo Interdisciplinario, *"Encargado de priorizar las causas recurrentes o reiteradas, así como de identificar la falla administrativa, la dependencia en donde ésta ocurre, y de proponer alternativas para solucionar, mitigar y controlar la falla"*.

Que en aplicación de la Directiva 025 de 2018, mediante Acuerdo No. 01 de 2019 del Comité de Conciliación del FONCEP, se conformó el grupo INTERDISCIPLINARIO, y se determinaron las "ETAPAS" que se deben desarrollar para la formulación de la Política de Prevención del Daño Antijurídico:

- Identificación del problema — priorización casos reiterados o recurrentes;
- Identificación de las causas y determinación de la dependencia donde ocurre la falla;
- Elaboración de la propuesta de la política de prevención del daño antijurídico para solucionar, mitigar o controlar la falla reflejada en el plan de acción.

Que surtidas las mencionadas etapas se evidenció que el *"reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa"*, era el tema a tener en cuenta, tal y como fue presentado en la

² Decreto 430 de 2018, "Por el cual se adopta el Modelo de Gestión Jurídica Pública del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones".

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 3 de 18

sesión ordinaria del Comité de Conciliación realizada el **21 de octubre de 2022** en la que se consideraron los siguientes aspectos:

1. Directiva 025 de 2018

A través de esta Directiva la Secretaría Jurídica Distrital, determinó los *“lineamientos metodológicos para la formulación y adopción de la Política de Prevención del Daño Antijurídico por parte de los Comités de Conciliación de organismos y entidades distritales”* y estableció que el Comité de Conciliación de cada organismo y entidad distrital deberá crear un Grupo Interdisciplinario *“Encargado de priorizar las causas recurrentes o reiteradas, así como de identificar la falla administrativa, la dependencia en donde ésta ocurre, y de proponer alternativas para solucionar, mitigar y controlar la falla”*.

Es así como, en desarrollo de la Directiva 025 de 2018 en concordancia con lo previsto en el Acuerdo No. 01 de 2019, para efectos del trámite de la aprobación y adopción de la nueva Política de Prevención del Daño Antijurídico, se ejecutaron dos (2) mesas de trabajo celebradas los días 22 de marzo y 19 de abril de 2022, con la participación de los miembros designados que conforman el “Grupo Interinstitucional” a quienes se les ilustró sobre los fundamentos legales, las actividades a desarrollar y los lineamientos metodológicos.

De igual manera, se presentó la estadística elaborada por la Subdirección Jurídica con relación a los procesos fallados por las vigenias 2019, 2020 y 2021 y los que cursan actualmente en los diversos Despachos judiciales relacionados con el tema de la Indexación de la Primera Mesada PENSIONAL.

Con la consolidación estadística y el análisis litigioso correspondiente se implementó “la matriz de causas”, la cual fue presentada a los integrantes del Comité de Conciliación.

El referido análisis litigioso evidenció como una causa de litigiosidad que afecta a la Entidad y ocasiona detrimento económico, la relacionada con la falta de reconocimiento de la Indexación de la Primera Mesada PENSIONAL en sede administrativa; por tal razón y agotado el respectivo procedimiento se resolvió enfocar la formulación de la política de prevención y el correspondiente plan de acción.

En tal sentido, con el propósito de reducir el índice de litigiosidad y su impacto económico se presentó a los integrantes del Comité de Conciliación el tema relacionado con el reconocimiento de la Indexación de la Primera Mesada PENSIONAL en sede administrativa, a fin de analizar la viabilidad de elaborar, aprobar y adoptar la respectiva política.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 4 de 18

2. Fundamentos de orden técnico y Jurídico

Se presentó a los integrantes del Comité de Conciliación los fundamentos de orden Técnico - Jurídico, en los siguientes términos:

2.1. Objetivos:

- Contribuir al uso racional del servicio de administración de justicia.
- Reducir los volúmenes de procesos por pasiva.
- Reducir los tiempos de duración de los procesos por pasiva.
- Reducir los costos directos y asociados a la defensa judicial.
- Obtener los resultados que permitan validar la eficacia de la estrategia propuesta.

2.2. Problema identificado

¿Cómo se aplica la indexación de la primera mesada pensional en el marco de la actuación administrativa desplegada por el FONCEP?

2.3. Antecedentes

Los Comités de Conciliación de la Secretaría Distrital de Hacienda, del Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones –FONCEP–, y de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, mediante lineamiento del **29 de junio de 2011**, adoptaron la *“Política de Indexación de la Primera Mesada Pensión Sanción”*, que permite conciliar los procesos judiciales que tienen pretensiones de indexación de la primera mesada de la pensión sanción, presentando dentro de los procesos judiciales: proyecto de liquidación oficial por el cual se propone la indexación de la primera mesada, el valor de la mesada reajustada, y del retroactivo a cancelar, así como los descuentos a salud. Aceptada la conciliación por la parte demandante, la administración tiene un término de 30 días para cancelar el valor ofertado.

La Dirección Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda, mediante oficio No. 2022EE011938O1 del 18 de enero de 2022, radicado en FONCEP con el ID 443461 de 28 de enero siguiente, solicitó conocer la posición jurídica que tiene el FONCEP frente a la indexación de la primera mesada.

En respuesta a esta solicitud, la entonces Oficina Asesora Jurídica del FONCEP, mediante radicado EE-02467-202201520-Sigef Id: 444740 del 03 de febrero de 2022, envió respuesta al Director Jurídico de la Secretaría Distrital de Hacienda, en la que se indica que no se cuenta con un concepto emitido por el

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 5 de 18

Comité de Conciliación de la Secretaría Distrital de Hacienda, sino con el lineamiento definido el 29 de junio de 2011, para luego concluir:

*“En ese orden de ideas, la Oficina Asesora Jurídica considera que dada la uniformidad del **“precedente jurisprudencial”** proferido por las altas cortes referente a la indexación de la primera mesada pensional, el tema se encuentra adecuadamente fundamentado para aplicar vía administrativa este mecanismo, no obstante, nos encontramos ante una decisión colegial que en su momento fijó un procedimiento de conciliación judicial para los casos de indexación de la primera mesada pensional de la pensión sanción, política que dejó al margen a quienes tienen un “derecho constitucional o supra legal” reconocido y extendido, actualmente, por las altas cortes.”*

Posteriormente, el Director Jurídico de la Secretaría Distrital de Hacienda, a través del Oficio No. 2022EE220887O1 del 27 de mayo de 2022, radicado en FONCEP bajo el número 467267 del 31 de mayo de 2022, conceptuó:

“Una vez revisada la posición jurídica expuesta por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones – FONCEP, respecto de la procedencia de la aplicación de precedente judicial respecto del derecho de la indexación de la primera mesada pensional para todos los pensionados, sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen de la misma o su naturaleza, esta Dirección comparte tales conclusiones, pues se basan en la jurisprudencia uniforme de la Corte Constitucional, que se sintetiza en el documento recibido.

Así mismo, teniendo en cuenta el carácter vinculante y obligatorio del precedente judicial para las autoridades en sede administrativa, este Despacho encuentra viable su aplicación, de conformidad con lo previsto por la Ley 1437 de 2011 y la Ley 2080 de 2021, a fin de evitar el daño antijurídico, atendiendo el desarrollo jurisprudencial que se ha venido dando por parte de las altas cortes, respecto de la indexación de la primera mesada pensional.”

En relación con la aplicación del lineamiento del 29 de junio de 2011, indicó:

“Por otra parte, respecto del lineamiento definido el 29 de junio de 2011 por los Comités de Conciliación de la Secretaría Distrital de Hacienda, el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP, y la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, por el cual se adoptó “Política de Indexación de la Primera Mesada Pensión Sanción”, que permite conciliar los procesos judiciales que tienen pretensiones de indexación de la primera mesada de la pensión sanción, esta Dirección considera procedente realizar las siguientes aclaraciones:

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 6 de 18

Tal decisión colegiada se tomó dentro de un Comité de Conciliación Conjunto del Plan Piloto de Conciliación, previsto por el Decreto Distrital 117 del 2010, plan piloto que en su momento cumplió su objetivo.

La política de prevención del daño antijurídico que definieron los comités de conciliación de la Secretaría Distrital de Hacienda y de FONCEP del 29 de junio de 2011, tuvo como eje las actuaciones judiciales, en las que se ventilara la aplicación de la indexación de la primera mesada pensional.

No observa esta Dirección que tal política haya excluido expresamente la aplicación de la indexación de la primera mesada pensional en las respectivas actuaciones administrativas.

Lo anterior fortalece la conclusión a la que arriba la Oficina Jurídica de FONCEP, en el sentido de dar aplicación a la indexación de la primera mesada pensional, en las actuaciones administrativas que adelanta FONCEP, con base en las subreglas que ha definido internamente.

En este sentido, la dependencia interna de FONCEP puede dar aplicación a la figura de la indexación de la primera mesada pensional, con soporte en el documento de la Oficina Jurídica de FONCEP, que tiene como referentes fundamentales las decisiones de la Corte Constitucional que se han proferido sobre esta temática.” (Negrillas fuera de texto)

2.4. Fundamento Jurídico

2.4.1. Definición de Indexación

La indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía nacional. Indexación, que alcanza para cubrir perfectamente la devaluación de la moneda, esto es, que el valor adeudado se «actualice» y mantenga el mismo poder adquisitivo al momento de su pago³.

El contenido del derecho a mantener el poder adquisitivo de las pensiones no se limita a la actualización de las mesadas pensionales una vez han sido reconocidas por la entidad competente, sino que también incluye la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada.

2.4.2. La actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia SL9316-2016, Radicación No. 46984.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 7 de 18

Como punto de partida debemos referirnos a la pensión de jubilación consagrada en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo (en adelante C.S.T.), que fuera derogado por la pensión de vejez contemplada en Ley 100 de 1993, que en su artículo 21, ordena la actualización del ingreso base para la liquidación de las pensiones, tanto de vejez, como las de invalidez y sobrevivientes, *“con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*, parámetro que aplica también, a las pensiones reconocidas bajo el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma Ley. Actualización que dejó al margen los casos previstos en el numeral 2 del artículo 260 del C.S.T., para quienes se retiraron del servicio sin haber cumplido la edad, pero que se le otorga el derecho a la pensión al llegar a dicha edad.

2.4.3. Vacío normativo

En el derecho laboral, como ya se indicó, el artículo 260 del C.S.T. consagraba la congelación del salario base, con relación a la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada, respecto de aquellos trabajadores que habiendo cumplido con el requisito del tiempo de servicio se desvincularon en espera de cumplir con la edad legal para acceder al reconocimiento pensional.

Frente a esta situación encontramos un vacío normativo, derivado de una omisión legislativa relativa, porque el legislador *“al regular una situación determinada, éste no tiene en cuenta, omite, o deja de lado, supuestos de hecho que, al momento de aplicarse el precepto correspondiente, genera tratamientos inequitativos o el desconocimiento de derechos de los destinatarios de la norma respectiva”*⁴.

2.4.4. Derecho constitucional o Supralegal

Dado lo anterior, las altas Cortes han reconocido la existencia de un *“derecho constitucional o supralegal”* de los pensionados a mantener el poder adquisitivo de su mesada pensional, y la actualización del salario base para la liquidación de la primera mesada, fundamentado principalmente en los siguientes enunciados constitucionales.

Artículo 48: *“La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. / Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”*.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia C-862 de 2006.



ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 8 de 18

Artículo 53: *“El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales”.*

Sobre este artículo 53 ha manifestado la Corte Constitucional que su redacción “(...) señala claramente un derecho constitucional cuyo titular son los pensionados y cuyo sujeto pasivo es el Estado al cual le corresponde garantizar el reajuste periódico de las pensiones legales. Este precepto también tiene una estructura normativa propia de un principio, por lo tanto, es un mandato de optimización cuya ejecución corresponde al Estado colombiano, el cual deberá satisfacerlo en la mayor medida posible de acuerdo a las circunstancias fácticas y jurídicas y ponderando los restantes derechos y bienes constitucionales en juego”.

Integrado a lo anterior, también se tienen en cuenta los siguientes derechos y garantías Constitucionales: i) la protección a las personas adultas mayores (Art. 46); ii) el derecho fundamental a la igualdad (Art. 13); iii) el derecho al mínimo vital, y iv) el principio in dubio pro operario.

2.4.5. Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el vacío normativo no debe resolverse de manera desfavorable a la garantía de los derechos constitucionales fundamentales ni resultar contrario a los principios previstos en la Constitución Política -tales como el principio de in dubio pro operario y el principio de Estado social de derecho-, razón por lo que adoptó un criterio reparador de la afectación en los casos en que se pretenda mantener el valor originario de lo percibido por concepto de salario.

En esa misma dirección, ha entendido que dicha medida es precisamente la indexación que al haber sido tomada por la legislación vigente -Ley 100 de 1993- para aplicarla al resto de pensionados, se convierte en un instrumento válido para satisfacer los derechos y principios constitucionales en disputa y ha definido con carácter *“erga omnes”* que a partir de la interpretación de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política existe un derecho constitucional de todos los pensionados a que el monto de la primera mesada pensional se calcule sobre un salario base indexado, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor.

Veamos los pronunciamientos más relevantes de la Corte Constitucional en la materia:

• Sentencia SU-120 de 2003

La Corte encuentra: i) que no existe normativa que establezca con precisión la base para liquidar la pensión de jubilación de quien se retire o sea retirado del servicio sin cumplir la edad requerida, pues el inciso

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 9 de 18

segundo del artículo 260 del C.S.T no la precisa; ii) que ninguna disposición ordena indexar esta base salarial expresamente; y iii) que no existe precepto que excluya o prohíba tal indexación.

No obstante, existe un principio constitucional claro, consagrado en el artículo 53 de la carta, según el cual el 'Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales', y suficientes disposiciones del ordenamiento que denotan un afán permanente del legislador por compensar la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones.

• Sentencia C-862 de 2006

La Corte declaró exequible el artículo 260 del C.S. T., bajo el entendido que el salario base para liquidar la primera mesada pensional de que trata el precepto, deberá ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor, IPC, certificado por el DANE⁵.

La Corte fundamentó que el derecho a la actualización de la mesada pensional, no sólo *“radica en algunas personas pensionadas, sino que, por el contrario, se extiende a la totalidad de ellas. Lo anterior quiere decir, que no cabe hacer ningún tipo de discriminación respecto de quienes tienen derecho a la indexación de la primera mesada pensional puesto que ello traería como consecuencia limitar los alcances de este derecho.”*

Además, argumentó *“que el derecho a la actualización de la mesada pensional no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de justificación constitucional, y se torna por tanto en un trato discriminatorio”*.

En esta ocasión la Corte reconoció la actualización del ingreso base de liquidación de las pensiones legales causadas bajo la vigencia de la Constitución Política, esto es, a partir del 7 de julio de 1991.

• Sentencia C-891 A de 2006

En esta sentencia de control abstracto de constitucionalidad la Corte se pronunció sobre la exequibilidad del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, declarándolo constitucional bajo el entendido que el salario base para liquidar las pensiones, debe ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor.

La decisión se fundamentó principalmente en que el derecho a la igualdad proporciona un argumento importante en orden a justificar que las pensiones causadas en vigencia del artículo 8° de la Ley 171 de

⁵ Sentencia Corte Constitucional SU 069 de 2018.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 10 de 18

1961 y cuya exigibilidad se produce después de la entrada en vigor de la Constitución de 1991 deban ser indexadas según la fórmula expresamente prevista en el citado artículo 133 de la Ley 100 de 1993, por cuanto así lo exige la Constitución y, en particular, su artículo 13, en concordancia con los artículos 48 y 53 que ordenan mantener el poder adquisitivo constante de los recursos destinados a pensiones y su reajuste periódico. Tal exclusión o imposición causada por el silencio del legislador constituye, pues, el objeto del control de constitucionalidad.

2.4.6. Término de prescripción del derecho a la indexación

Desde el año 2012 la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante en considerar que, tratándose de pensiones causadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el pago de las diferencias por concepto de indexación de primera mesada está sometido a prescripción de 3 años contados desde el momento en que es proferido el fallo que reconoce el derecho para cada caso, criterio que fue reiterado en la sentencia SU 168 de 2017.

2.4.7. Indexación de pensiones causadas con anterioridad a 1991 y subregla prescripción

Mediante sentencia unificadora **SU 1073 de 2012**, frente al reconocimiento de la indexación de pensiones causadas con anterioridad a 1991, la Corte precisó el momento desde el cual se reconoce la indexación de las mesadas pensionales. En síntesis, manifestó que, sólo hasta que fue expedida la sentencia C-862 de 2006, la Corte definió con carácter erga omnes que a partir de la interpretación de los artículos Constitucionales 48 y 53 debía entenderse que existe un derecho constitucional de todos los pensionados a que el monto de la primera mesada pensional se calcule sobre un salario base indexado, de acuerdo con la variación del índice de precios al consumidor.

Para la citada Corte, en caso de ordenar el pago retroactivo de la indexación desde la fecha en la que se presentó la primera reclamación a la entidad, se pondría en riesgo la estabilidad financiera del Sistema General de Pensiones, desconociendo otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política. En aras de equilibrar los intereses en pugna, el juez constitucional realizó una interpretación, no sobre la existencia misma de la prescripción, sino sobre la manera de contabilizarla en aquellas causadas con anterioridad a 1991, sólo a partir de esta decisión de unificación se genera un derecho cierto y exigible.

Por tanto, sólo a partir de esta sentencia, aquellas personas que adquirieron su estatus pensional antes de 1991 tienen certeza sobre su derecho de reclamar la indexación de la primera mesada pensional; en tal virtud, en principio se consideró que solo a partir de la fecha de expedición del referido fallo de unificación podría contarse la prescripción de las diferencias a que haya lugar.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 11 de 18

Pronunciamiento reiterado en **Sentencia SU-131 de 2013** en la que destacó que la indexación de la primera mesada pensional era reconocida por la Corte Suprema antes de la expedición de la Constitución de 1991. Es decir, aunque es a partir de 1991 que se constitucionaliza el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, la Corte Suprema de Justicia ya había reconocido la procedencia de la indexación, de tal suerte que este derecho no nace con la Constitución, sino que es anterior a ella y concluyó que todos los pensionados tienen derecho a la indexación de su primera mesada con la fórmula citada en la sentencia de unificación SU 1073 de 2012.

Empero, posteriormente en la sentencia **SU 415 de 2015**, se dio aplicación al criterio de unificación antes referido, en el sentido de establecer que *“la prescripción del reajuste por indexación de la primera mesada pensional se contabiliza para aquellas personas que adquirieron el estatus antes de 1991, desde el momento en que se expide el fallo que reconoce el derecho en cada caso”*.

2.4.8. Fórmula de indexación de la primera mesada

La Sentencia SU-637 de 2016 recalca que las tres jurisdicciones y sus órganos de cierre se encuentran de acuerdo en aplicar la fórmula de indexación originalmente definida por el Consejo de Estado, por considerar que se ajusta al desarrollo de los principios de equidad, justicia material y pro-operario.

Del mismo modo, insistió en que, el derecho a la indexación de la primera mesada tiene un carácter universal y, por ende, se predica de todos los pensionados sin discriminación en razón al momento en que se causó la pensión, el origen de la misma (si es legal, convencional o sanción) o su naturaleza (de vejez, de invalidez, etc.).

2.4.9. Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia

A través de la sentencia 736-2013, la Sala de Casación Laboral dio un giro a su jurisprudencia al encontrar elementos suficientes que permitían reconocer la indexación para las pensiones causadas antes de la Constitución de 1991. En lo fundamental, precisó: (i) Que es un *“hecho notorio que los ingresos del trabajador sufren una pérdida significativa de su poder adquisitivo, cuando media un lapso considerable entre la fecha en la cual se retiran del servicio y aquella en la cual le es reconocida la pensión de jubilación”*; (ii) que esa situación impacta, sin distinción alguna, a todas las pensiones; (iii) que reconoce que existen otros parámetros normativos válidos anteriores a la Constitución de 1991, y (iv) que observó que conforme con las sentencias C-862 y C-891A de 2006, la indexación *“constituye una especie de derecho universal que procede para todo tipo de pensiones, reconocidas en cualquier tiempo”*.

De otro lado, estimó que (v) el reconocimiento expreso del derecho a la indexación en la Constitución de 1991 *“no puede ser entendido lógicamente como su negación o prohibición, con anterioridad a la vigencia*

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 12 de 18

de dicha norma. Contrario a ello (...) la situación verificable antes de 1991 es simple y llanamente la ausencia de una regulación legal expresa para el tema de las pensiones de jubilación, que bien podía ser remediada o integrada a partir de principios generales del derecho como la equidad y la justicia”.

Con relación a la prescripción, la Corte Suprema de Justicia ha aplicado las normas del Código Sustantivo del Trabajo, según las cuales, las acciones relacionadas con los derechos regulados en dicha legislación “prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible” (art. 488) y su interrupción se presenta con “el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador” (art. 489).

El recorrido anterior nos apunta a determinar el valor vinculante de los referidos fallos, veamos:

2.4.10. Sentencias con carácter vinculante y obligatorio

La Corte Constitucional en Sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución-, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio.

La Sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer que: « [...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativos (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

Las sentencias de unificación jurisprudencial no quedan definidas a la fijación de precedentes verticales para los jueces y tribunales, sino que se proyectan al ámbito de la actividad de la Administración, obligada por virtud del principio de legalidad a tener en cuenta las sentencias de los órganos de cierre en las que se ha fijado el alcance de las normas aplicables al caso concreto.

En consecuencia, las entidades tienen el deber de dar aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, las decisiones de constitucionalidad, los fallos de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, y las sentencias de unificación del Consejo de Estado, en cumplimiento de la



ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 13 de 18

fuerza vinculante del precedente judicial en sede administrativa y para su utilización en la gestión judicial, conforme a la interpretación que a dichas normas se ha dado en la jurisprudencia por los órganos de cierre, así como el precedente judicial existente.

En tal sentido, la aplicación del precedente judicial, por parte de la administración debe armonizarse con las respectivas decisiones adoptadas por el Comité de Conciliación, dentro de la Política de Prevención del Daño Antijurídico.

2.4.11. Disposiciones Distritales que ordenan la obligatoriedad de observar las decisiones de constitucionalidad, y las sentencias de unificación del Consejo de Estado

- **Decreto Distrital 430 de 2018**

Conforme con el artículo 27 del Decreto Distrital 430 de 2018, es deber de las entidades y organismos del Distrito Capital resolver los asuntos de su competencia aplicando las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos; resolver de la misma manera los casos iguales mediante la aplicación uniforme de las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, siendo obligatorio tener en cuenta las decisiones de constitucionalidad, y las sentencias de unificación del Consejo de Estado en que tales normas se hayan interpretado, de conformidad con lo previsto en el artículo 102 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante CPACA).

- **Directiva 024 de 2018, expedida por la Secretaría Jurídica Distrital**

Imparte directrices para el cumplimiento de la fuerza vinculante del precedente judicial en sede administrativa y para su utilización en la gestión judicial.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 14 de 18

Resalta que el CPACA establece la observancia del precedente judicial⁶ de manera vinculante, tanto para las autoridades administrativas artículo (10)⁷, como para los funcionarios judiciales (artículo 103)⁸, de manera que las autoridades administrativas al resolver los asuntos de su competencia, mediante actos administrativos y en general en la toma de decisiones, deben aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, así como el precedente judicial existente.

Establecer las aplicaciones concretas del precedente judicial, tales como: la extensión de la jurisprudencia, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, la toma de decisiones en el respectivo Comité de Conciliación y las políticas de prevención del daño antijurídico.

- **Instrumento de Gerencia No. 007 de 2019, expedido por la Secretaría Jurídica Distrital**

Imparte lineamientos sobre el deber de unificación de la jurisprudencia y la facultad de extensión de jurisprudencia en el Distrito Capital, del cual subrayamos lo siguiente:

De conformidad con el artículo 270 del CPACA, se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Las restantes decisiones del Consejo de Estado, de acuerdo con la Circular 0002 de 2017 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, tienen valor como precedente judicial del órgano de cierre de lo

⁶ “Por precedente se ha entendido, por regla general, aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ji) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso”. Sentencia T-360/14

⁷ "Artículo 10. Deber de Aplicación Uniforme de las Normas y la Jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁸ Artículo 103. Objeto y Principios En virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma. debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga (...) "

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 15 de 18

contencioso administrativo, pero no cuentan con el poder vinculante de las primeras, y en esa medida, no son susceptibles de activar el mecanismo de extensión de jurisprudencia.

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 102 del CPACA, la sentencia de unificación jurisprudencial además de reunir los requisitos anteriores debe reconocer un derecho. Este también será elemento esencial para ordenar la extensión de una decisión de esa naturaleza.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia C-634 de 2011, precisó: *“en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”*⁹.

2.4.12. La indexación de la primera mesada puede realizarse en actuación administrativa

Con relación al tema propuesto, el Consejo de Estado en Sentencia CE SII E 3190 de 2019, destacó:

“La indexación de la primera mesada puede realizarse en vía gubernativa por la administración y es obligatoria para las pensiones de jubilación de los servidores públicos de todos los órdenes, incluso, quienes cuenten con un régimen especial y adquirieron la pensión con anterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991 y de la Ley 100 de 1993, habida consideración de que es un derecho que deriva directamente de los postulados y pilares fundamentales del Estado social de derecho que promueven el mantenimiento del poder adquisitivo de las mesadas pensionales, en garantía de los principios de equidad, justicia social y de la protección de que gozan los adultos mayores.

Si bien la normativa no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que en economías inestables como la nuestra el mecanismo de la indexación de las obligaciones dinerarias se convierte en un factor de equidad y de justicia, que permite el pago del valor real de las acreencias, pues cualquier reconocimiento sin tener en cuenta el aumento de valor del dinero, resulta inequitativo porque es indiscutible en algunos casos la pérdida del valor adquisitivo que ocurre entre la fecha en que el pensionado se retira del servicio y la fecha en que adquiere el estatus pensional y-o se reconoce la pensión, lo que hace que la prestación se liquide con montos empobrecidos”.

⁹ Sentencia C-634-11 de 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 16 de 18

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en afirmar que el derecho a la indexación de la primera mesada pensional es un asunto de gran relevancia constitucional, en tanto que es una forma de materializar diversos principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución de 1991, tales como el principio de Estado Social de Derecho, de indubio pro operario y los derechos a la igualdad y a la dignidad humana.

Ahora bien, respecto de la *“POLITICA DE INDEXACION DE LA PRIMERA MESADA PENSION SANCION”*, que permite conciliar los procesos judiciales que tienen pretensiones de indexación de la primera mesada de la pensión sanción, adoptada el 29 de junio de 2011 por los Comités de Conciliación de la Secretaria Distrital de Hacienda, el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP-, y la Secretaria General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, consideramos que esta seguirá surtiendo sus efectos respecto de los casos que se encuentren en curso y de manera alguna riñe con el reconocimiento que se haga por vía administrativa de la indexación de la primera mesada pensional, cuando se perciba la pérdida de poder adquisitivo del salario para evitar el daño antijurídico producido por el pago de costas, intereses y honorarios con fundamento en los antecedentes jurisprudenciales descritos que definieron el tema.

Que, como resultado del anterior proceso, se presentó en sesión ordinaria realizada el 04 de noviembre de 2022, la siguiente propuesta de Política de Prevención del Daño Antijurídico de la entidad, la que fue aprobada en la citada sesión del Comité.

3. La política de indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa

Acogiendo las reglas que en criterio de la Subdirección Técnica de Prestaciones Económicas deben considerarse en el reconocimiento y pago de la Indexación de la primera mesada pensional, se estableció que la “política de indexación de la primera mesada pensional en vía administrativa”, comprendería los siguientes aspectos:

- a) La indexación procedería por solicitud de parte, nunca de manera oficiosa.
- b) La indexación se aplicaría por vía administrativa, sin perjuicio de que también se aplique como fórmula judicial y prejudicial en sede de conciliación, condicionada al no reconocimiento de intereses, costas y demás gastos de proceso.
- c) La indexación también procederá como oferta de revocatoria directa en procesos contenciosos administrativos actualmente en trámite, en el marco de lo previsto en el artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 17 de 18

- d) La indexación estaría sujeta a la prescripción del pago de diferencias, conforme a las reglas del régimen oficial de interrupción de la prescripción, en el entendido que no se reconocerían sumas prescritas.
- e) La indexación no procedería cuando se ha aplicado la actualización del Ingreso Base de Liquidación (IBL) a través de los mecanismos legales previstos en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, por variación del IPC. De lo contrario, se generaría una doble actualización del IBL.
- f) La indexación de la primera mesada pensional sólo operaría cuando entre la fecha del retiro oficial del trabajador y la fecha de reconocimiento y pago de la pensión, ha transcurrido siquiera un (1) año calendario, que conlleva a la variación anual del IPC que certifique el DANE, entre aquel año inicial y este último año final, para así hacer efectiva la siguiente fórmula de indexación o actualización financiera, determinada por la Corte Constitucional:

$$Va = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor actualizado (Va), se determina multiplicando el valor histórico (Vh), que es el IBL aplicable para cada caso (salario base), por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor vigente a la fecha a partir de la cual se reconoció la pensión, entre el índice inicial, que es el existente a la fecha del retiro oficial del servidor público distrital.

En sesión celebrada el 4 de noviembre de 2022, luego de ser analizados y discutidos los aspectos a tener en cuenta para el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, fue aprobada por los integrantes del Comité de Conciliación la Política de Prevención del Daño Antijurídico.

Que, en mérito de lo expuesto,

ACUERDA

ARTÍCULO PRIMERO: Adopción. Adoptar la política de reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, por parte del FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTIAS Y PENSION ES-FONCEP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente Acuerdo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Comunicación. Comunicar a la Subdirección Técnica de Prestaciones Económicas el contenido del presente Acuerdo, para su aplicación.

ACUERDO DE COMITÉ DE CONCILIACIÓN No. 02 de 2022

“Por el cual se adopta la política de prevención del daño antijurídico relacionada con el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional en sede administrativa, en cumplimiento del Decreto 430 de 2018 y de los lineamientos metodológicos formulados en la Directiva Distrital 025 de 2018”

Página 18 de 18

ARTICULO TERCERO: Remisión. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la adopción de la presente política de prevención del daño antijurídico, la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la entidad deberá remitirla a la Dirección Distrital de Defensa Judicial y Prevención del Daño Antijurídico de la Secretaría Jurídica Distrital, para los fines correspondientes.

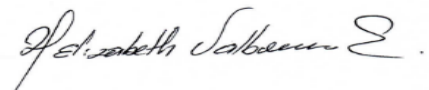
ARTÍCULO CUARTO: Vigencia. El presente Acuerdo rige a partir de su expedición.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE





Dada en Bogotá D.C. el quince (15) de diciembre de 2022



MARTHA LUCIA VILLA RESTREPO
Directora General



ELIZABETH VALBUENA SÁNCHEZ.
Secretaria Técnica.

Los abajo firmantes declaramos que hemos proyectado y revisado el presente documento y lo encontramos ajustado a las normas y disposiciones legales, y por lo tanto, lo presentamos para firma de la Presidenta y Secretario de la Junta Directiva del Foncep					
Actividad	Nombre	Cargo	Dependencia	Firma	Fecha
Revisó	Carlos Enrique Fierro Sequera	Subdirector	Subdirección Jurídica		15/12/2022
Revisó	Martha Victoria Osorio Bonilla	Asesora	Dirección General		15/12/2022
Revisó	Hugo Armando Rivera Garcés	Profesional	Subdirección Jurídica		15/12/2022
Proyectó	Elizabeth Valbuena Sánchez	Profesional	Subdirección Jurídica		15/12/2022